

VD_OMNI GE.2020.0030 vom 21. Dezember 2020

VD Tribunal cantonal, 2020-12-21, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2020.0030

FR: VD_OMNI GE.2020.0030 du 21 décembre 2020

IT: VD_OMNI GE.2020.0030 del 21 dicembre 2020

Regeste

A. _____ /Service de l'emploi Contrôle du marché du travail, Service de la population (SPOP) | Confirmation des décisions du SDE signifiant à l'exploitant d'un café-bar une menace de blocage de ses futures demandes de main-d'œuvre étrangère et mettant les frais de contrôle à sa charge. Même s'il s'agit d'un cas limite, le SDE était fondé à considérer que le recourant avait occupé à son service une ressortissante étrangère sans autorisation pour le nettoyage des locaux.

Erwägungen

E. 1

Interjeté en temps utile auprès de l'autorité compétente, le recours satisfait par ailleurs aux autres conditions formelles de recevabilité (cf. notamment l'art. 79 de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative [LPA-VD; BLV 173.36], applicable par renvoi de l'art. 99 LPA-VD), de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

E. 2

Le litige porte sur la sommation et les frais infligés au recourant pour non-respect des procédures applicables à l'engagement de main-d'œuvre étrangère.

E. 3

La première décision attaquée retient que le recourant a occupé à son service, le 19 septembre 2019, une travailleuse étrangère qui n'était pas en possession des autorisations nécessaires délivrées par les autorités compétentes au moment de la prise d'emploi. a) La loi fédérale du 17 juin 2005 concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (LTN; RS 822.41) institue des mécanismes de contrôle et de répression (cf. art. 1 LTN). On entend généralement par travail au noir (ou travail illicite), une activité salariée ou indépendante exercée en violation des prescriptions légales, soit en particulier: l'emploi clandestin de travailleurs étrangers en violation des dispositions du droit des étrangers; l'emploi de travailleurs non déclarés aux assurances sociales obligatoires ou aux autorités fiscales; les travaux exécutés par des travailleurs, notamment durant leur temps libre, en violation d'une convention collective (cf. Message du Conseil fédéral du 16 janvier 2002 concernant la loi fédérale contre le travail au noir, in: FF 2002 3371, spéc. p. 3374; CDAP GE.2019.0050 du 24 juillet 2020 consid. 1a). L'organe de contrôle cantonal compétent, soit le Service de l'emploi dans le canton de Vaud (cf. art. 72 al. 2 de la loi vaudoise du 5 juillet 2005 sur l'emploi [LEmp; BLV 822.11]), doit ainsi examiner le respect des obligations en matière d'annonce et d'autorisation conformément au droit des assurances sociales, des étrangers et de l'imposition à la source (cf. art. 6 LTN). Les personnes chargées des contrôles peuvent pénétrer dans une entreprise ou dans tout autre lieu de travail pendant les heures de travail des personnes qui y sont employées, exiger les renseignements nécessaires

des employeurs et des travailleurs, consulter ou copier les documents nécessaires, contrôler l'identité des travailleurs et contrôler les permis de séjour et de travail (art. 7 al. 1 let. a à e LTN). Les personnes et entreprises contrôlées sont tenues de fournir aux personnes chargées des contrôles les documents et renseignements nécessaires (art. 8, 1^{ère} phrase, LTN). Les personnes chargées des contrôles consignent leurs constatations dans un procès-verbal (art. 9 al. 1, 1^{ère} phrase, LTN).

b) Aux termes de l'art. 11 de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration (LEI; RS 142.20), tout étranger qui entend exercer en Suisse une activité lucrative doit être titulaire d'une autorisation, quelle que soit la durée de son séjour. Il doit la solliciter auprès de l'autorité compétente du lieu de travail envisagé (al. 1). Est considérée comme activité lucrative toute activité salariée ou indépendante qui procure normalement un gain, même si elle est exercée gratuitement (al. 2). En cas d'activité salariée, la demande d'autorisation est déposée par l'employeur (al. 3). La notion d'activité lucrative salariée est précisée à l'art. 1a de l'ordonnance fédérale du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA; RS 142.201). Est considérée comme activité salariée, selon l'al. 1 de cette disposition, toute activité exercée pour un employeur dont le siège est en Suisse ou à l'étranger, indépendamment du fait que le salaire soit payé en Suisse ou à l'étranger et que l'activité soit exercée à l'heure, à la journée ou à titre temporaire. Les directives et commentaires édictés par le Secrétariat d'Etat aux migrations dans le domaine des étrangers (Directives LEI), actualisées le 1^{er} avril 2020, spécifient encore à cet égard ce qui suit: " 4.1.1 Notion d'activité lucrative (Art. 1-3 OASA) En vue de l'application d'une politique d'admission contrôlée, l'extension donnée à la notion d'activité lucrative (activité lucrative indépendante, activité salariée et prestation de service transfrontière) doit être la plus large possible. Au sens de l'art. 11, al. 2, LEI et des art. 1 à 3 OASA, toute activité indépendante ou salariée qui normalement procure un gain est considérée comme activité lucrative, même si l'activité est exercée gratuitement ou si la rémunération se borne à la couverture des besoins vitaux élémentaires (nourriture, logement). Conformément à la doctrine et à la jurisprudence, la distinction repose sur des critères objectifs et non subjectifs. La définition de l'activité lucrative selon l'art. 11, al. 2, LEI correspond à celle de l'art. 6 de l'ancienne ordonnance limitant le nombre des étrangers). Dans l'esprit de la loi, la notion d'activité lucrative doit être interprétée de manière large au sens d'une politique d'admission contrôlée des travailleurs. Cependant, la possibilité d'exercer une activité non lucrative ne saurait être totalement exclue. Est normalement réputée orientée sur le gain toute activité qui est exercée par un étranger et a un effet sur le marché suisse du travail. Concrètement, la question ne consiste donc pas à savoir si l'étranger va exercer une activité en vue de gagner sa vie en Suisse, mais si son activité sur le marché suisse du travail est en principe exercée contre rétribution [...] 4.8.8.3 Que veut dire « activité lucrative » ou « occuper » ou « faire travailler » au sens du droit des étrangers? Les étrangers qui veulent exercer une activité lucrative en Suisse ont besoin en principe d'une autorisation. Toute activité qui dépasse le simple petit service et qui est exercée normalement contre rémunération doit être qualifiée d'activité lucrative. La durée de l'activité lucrative est en l'occurrence indifférente, de même que la question de savoir s'il s'agit d'une activité principale ou accessoire (art. 11 LEI [...])."

c) La notion d'employeur au sens du droit des étrangers est une notion autonome qui vise l'employeur de fait et ne se limite pas à celle du droit des obligations (cf. ATF 128 IV 170 consid. 4.1). Celui qui bénéficie effectivement des services d'un travailleur est un employeur nonobstant l'intervention d'un intermédiaire. Peu importe qu'une rémunération soit versée et par qui. Est déjà un employeur en ce sens celui qui occupe en fait un étranger

dans son entreprise, sous sa surveillance et sous sa propre responsabilité et, par conséquent, en accepte les services (cf. ATF 99 IV 110 consid. 1; TF 6B_511/2017 du 16 novembre 2017 consid. 2.1; 6B_243/2014 du 15 juillet 2014 consid. 5.3; 6B_815/2009 du 18 février 2010 consid. 2.3). Il doit s'agir d'un comportement actif; une simple permission ou tolérance ne suffit pas. Il n'est en revanche pas nécessaire que l'auteur ait la compétence de donner des instructions à la personne employée. Il suffit qu'il entre dans ses attributions de décider qui peut, ou ne peut pas, participer à l'exécution de la tâche et qu'ainsi sa décision conditionne l'activité lucrative de l'intéressé (cf. ATF 137 IV 153 consid. 1.5; 128 IV 170 consid. 4; CDAP GE.2018.0237 du 12 juin 2019 consid. 3b; PE.2018.0369 du 4 mars 2019 consid. 2a/cc et les références citées). d) Avant d'engager un étranger, l'employeur doit s'assurer qu'il est autorisé à exercer une activité lucrative en Suisse en examinant son titre de séjour ou en se renseignant auprès des autorités compétentes (art. 91 al. 1 LEI). Selon la jurisprudence, il appartient à chaque employeur de procéder au contrôle. La simple omission de procéder à l'examen du titre de séjour ou de se renseigner auprès des autorités compétentes constitue déjà une violation du devoir de diligence (cf. ATF 141 II 57 consid. 2.1 et les arrêts cités). Le non-respect de cette obligation expose l'employeur à la sanction prévue par l'art. 122 LEI. Aux termes de cette disposition, si un employeur enfreint la loi de manière répétée, l'autorité compétente peut rejeter entièrement ou partiellement ses demandes d'admission de travailleurs étrangers, à moins que ceux-ci aient un droit à l'autorisation (al. 1). L'autorité compétente peut menacer les contrevenants de ces sanctions (al. 2). e) En l'espèce, les faits à l'origine des décisions attaquées ne sont pas contestés. En effet, le recourant a expressément reconnu que D. _____ avait passé la serpillière en son absence. Il a également admis que la susnommée était seule dans son établissement au moment du contrôle et l'a reconnue sur les photographies prises à cette occasion. Enfin, il n'a jamais prétendu que les affaires personnelles de celle-ci (sac à main et veste) n'étaient pas derrière le bar, ni que le matériel de nettoyage dont elle s'était servie n'appartenait pas à l'entreprise. Le recourant soutient néanmoins que D. _____ n'était qu'une amie de passage pour boire un café, qui avait décidé de son propre chef de l'aider pendant les quelques minutes qu'il lui avait fallu pour aller faire de la monnaie. Il soutient qu'il s'agit d'un "acte de pure complaisance", à l'instar d'un client qui ramènerait lui-même son verre au comptoir, qui ne peut être assimilé à une activité lucrative, ce d'autant moins qu'il n'en a retiré aucun profit. Ces explications n'emportent pas la conviction. Comme le relève justement l'autorité intimée, il est plus que courant, dans le domaine de la restauration, de confier le nettoyage des locaux au personnel de service, contre rémunération. Le fait que D. _____ était seule dans l'établissement lorsqu'elle passait la serpillière juste avant la fermeture et qu'elle avait préalablement posé ses effets personnels derrière le bar illustre parfaitement le comportement typique d'une serveuse qui exécute son cahier des charges, non pas celui d'une "connaissance" ou d'une "amie" souhaitant rendre un menu service après s'être attablée. Il est en outre moins commun de rendre service en passant la serpillière qu'en rapportant un verre ou une tasse de café. Ce faisant, l'intéressée a d'ailleurs effectivement servi les intérêts du propriétaire, à qui cette tâche aurait sinon incombé. Peu importe qu'elle n'ait pas été rétribuée en contrepartie, puisqu'en vertu de l'art. 11 al. 2 LEI, même une activité qui est exercée gracieusement doit être considérée comme lucrative si elle procure normalement un gain, ce qui est le cas en l'occurrence. A cela s'ajoute que l'assertion du recourant selon laquelle il aurait suffisamment de personnel est infirmée par les documents qu'il a dû fournir au SDE. A leur lecture en effet, il appert que la dernière employée de l'établissement a cessé son activité au 31 mars 2019, de sorte qu'au moment du contrôle du

19 septembre 2019, le recourant n'avait plus personne pour l'assister depuis plusieurs mois, à l'exception de son épouse à bien plaie. Dans ces conditions, même s'il s'agit d'un cas limite, l'autorité intimée était fondée à considérer que D._____ avait exercé une activité lucrative pour le compte du recourant et que celui-ci avait failli à ses obligations résultant de l'art. 91 al. 1 LEI en omettant de solliciter une autorisation de travail pour son employée. Pour ces mêmes motifs, l'autorité était donc en droit d'adresser au recourant une menace de sanctions au sens de l'art. 122 al. 2 LEI, soit un avertissement qui ménage les intérêts privés de l'entreprise et respecte ainsi le principe de la proportionnalité, étant rappelé qu'il s'agit de la deuxième infraction de ce type. La première décision attaquée, intitulée "infraction au droit des étrangers", doit dès lors être confirmée.

E. 4

La deuxième décision litigieuse condamne le recourant au paiement des frais de contrôle, par 750 francs. a) L'art. 16 al. 1 LTN prévoit que les contrôles sont financés par des émoluments perçus auprès des personnes contrôlées lorsque des atteintes au sens de l'art. 6 LTN ont été constatées; le Conseil fédéral règle les modalités et fixe le montant des émoluments. A cet égard, l'ordonnance fédérale du 6 septembre 2006 concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (OTN; RS 822.411) précise qu'un émolument est perçu auprès des personnes contrôlées qui n'ont pas respecté leurs obligations en matière d'annonce et d'autorisation visées à l'art. 6 LTN (art. 7 al. 1 OTN). Les émoluments sont calculés sur la base d'un tarif horaire de 150 fr. au maximum pour les activités des personnes chargées des contrôles et comprennent en outre les frais occasionnés à l'organe de contrôle; le montant de l'émolument doit être proportionné à l'ampleur du contrôle nécessité pour constater l'infraction (art. 7 al. 2 OTN). Selon l'art. 79 LEmp, les émoluments prévus par la LTN et son ordonnance d'application, y compris les honoraires d'experts extérieurs, sont mis à la charge des personnes physiques ou morales contrevenantes par voie de décision. Le règlement vaudois du 7 décembre 2005 d'application de la LEmp (RLEmp; BLV 822.11.1) prévoit, à son art. 44 al. 2, que les personnes contrôlées qui n'ont pas respecté leurs obligations en matière d'annonce et d'autorisation visées à l'art. 6 LTN s'acquittent d'un émolument d'un montant de 150 fr. par heure. b) En l'espèce, le recours ne contient aucune motivation sur la question de la facturation des frais de contrôle. Or, il a été établi précédemment que le recourant a occupé à son service une ressortissante étrangère sans autorisation (cf. consid. 3e supra). Ce comportement étant constitutif d'une infraction au droit des étrangers et, partant, d'une atteinte au sens de l'art. 6 LTN, c'est à juste titre que l'autorité intimée a mis à sa charge les frais occasionnés par le contrôle. Pour le surplus, le recourant ne conteste ni le décompte d'heures effectué, qui paraît admissible au regard de la nature de l'affaire, ni le tarif appliqué, qui ne prête pas le flanc à la critique. Il s'ensuit que la seconde décision attaquée, intitulée " frais de contrôle", s'avère également bien fondée.

E. 5

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours et à la confirmation des deux décisions attaquées. Le recourant, qui succombe, supportera les frais de justice (cf. art. 49 al. 1 LPA-VD). Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens (cf. art. 55 al. 1 a contrario LPA-VD).